

TE Bvwg Beschluss 2019/10/29 W120 2224405-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.10.2019

Entscheidungsdatum

29.10.2019

Norm

AVG §17

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergGKonz 2018 §1

BVergGKonz 2018 §11 Abs1

BVergGKonz 2018 §12

BVergGKonz 2018 §13 Abs1

BVergGKonz 2018 §14

BVergGKonz 2018 §2

BVergGKonz 2018 §22

BVergGKonz 2018 §28

BVergGKonz 2018 §31

BVergGKonz 2018 §33

BVergGKonz 2018 §34

BVergGKonz 2018 §35

BVergGKonz 2018 §36

BVergGKonz 2018 §4 Abs2

BVergGKonz 2018 §6

BVergGKonz 2018 §78

BVergGKonz 2018 §8 Abs1

BVergGKonz 2018 §81

BVergGKonz 2018 §83 Abs1

BVergGKonz 2018 §91

BVergGKonz 2018 §97

B-VG Art. 133 Abs4

TabMG 1996 §1

TabMG 1996 §13 Abs3

TabMG 1996 §14

TabMG 1996 §23

TabMG 1996 §25

TabMG 1996 §27

TabMG 1996 §29

TabMG 1996 §3

TabMG 1996 §30

TabMG 1996 §32

TabMG 1996 §34

TabMG 1996 §36

TabMG 1996 §5

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W120 2224405-2/18E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian EISNER als Vorsitzenden, Mag. Tanja Neubauer als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite über den Antrag auf Nichtigerklärung von XXXX , vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, betreffend die "Besetzung einer Tabaktrafik/Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik 1300 Mannswörth, Flughafen Wien, Check-In 3, Objekt 115, Standort Nr 1300 0001", durch die Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag, "die Zuschlagsentscheidung gem. § 91 BVergGKonz für nichtig zu erklären", zurück.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 15.10.2019 übermittelt XXXX , vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH (Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag "gemäß § 78 Abs. 2 Z 2 BVergGKonz und begehrt die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung." Ausdrücklich wurden folgende Anträge gestellt:

"9. Anträge

Aus allen diesen Gründen stellt der Antragsteller an das Bundesverwaltungsgericht innerhalb offener Frist den

Antrag

1. ein Nachprüfungsverfahren gem. § 78 Abs 2 Z 2 BVergGKonz durchzuführen und gem. § 83 BVergG Konz eine mündliche Verhandlung anzuberaumen;

2. dem Antragsteller gem. § 81 BVergGKonz Einsicht in den Vergabeakt der Antragsgegnerin zu gewähren;

sowie

3. die Zuschlagsentscheidung gem. § 91 BVergGKonz für nichtig zu erklären;

Und jedenfalls

4. die Antragsgegnerin gem. § 85 BVergGKonz zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten."

Ebenfalls beantragt der Antragsteller "die einstweilige Verfügung zu treffen, der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den oben unter I. ausgeführten Nachprüfungsantrag bei sonstiger Nichtigkeit die Zuschlagserteilung zu untersagen."

Die Monopolverwaltung GmbH, Monopolverwaltung für Wien, Niederösterreich und Burgenland, (kurz: "MVG", in der Folge auch: "Antragsgegnerin") habe in der Kundmachung vom 12.03.2018 gemäß TabMG 1996 (unter anderem) die Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik am Standort Nummer 1300 0001, Standort 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, öffentlich ausgeschrieben. Die Antragsgegnerin habe dieses Vergabeverfahren nicht gehörig fortgesetzt, keine neue Ausschreibung vorgenommen, dem Antragsteller jegliche Information vorenthalten.

Wie dem Antragsteller zwischenzeitig zur Kenntnis gelangte, habe die Antragsgegnerin rechtswidrig und ohne neuerliche Ausschreibung einen "temporären Bestellungsvertrag" abgeschlossen, der am 31.10.2019 endete.

Im Zuge einer Besprechung am 01.10.2019 habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, XXXX angekündigt, dass die Dienstleistungskonzession ab 1.11.2019 einem - namentlich nicht genannten - Bewerber im Rahmen eines unbefristeten Bestellungsvertrags zugesichert worden sei. Damit habe die Antragsgegnerin eine Zuschlagsentscheidung getroffen und diese dem Antragsteller bekannt gegeben.

Die Antragsgegnerin sei mit der Monopolverwaltung für Wien, Niederösterreich und Burgenland betraut. In der "Kundmachung" vom 12.03.2018 online auf der Website der Antragsgegnerin, habe sie die vorangegangene Ausschreibung gemäß § 25 TabMG 1996 veröffentlicht. Diese habe die Besetzung einer Trafik/Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik mit der Standortnummer 1300 0001, Standort 1300 Mannswörth, Flughafen Wien, Check-In3, Objekt 115 betroffen. Diese (vorangegangene) Ausschreibung sei jedoch nach Auskunft des Bundesministeriums für Finanzen vom 07.11.2018, dem rechtsfreundlichen Vertreter des Antragstellers zugestellt am 27.11.2018, widerrufen worden (ohne dass dieser Widerruf jemals bekannt gegeben worden wäre). Nach - wie sich nachträglich herausstellte: unrichtiger - Auskunft des Bundesministeriums für Finanzen solle die Antragsgegnerin interimistisch den bisherigen Trafikanten XXXX zum Trafikanten bestellt haben. Tatsächlich habe die Antragsgegnerin mit XXXX ohne Ausschreibung und Vergabeverfahren einen interimistischen Bestellungsvertrag, der am 01.11.2019 ende, geschlossen.

Hier gegenständlich sei nunmehr die unbefristete Vergabe eines Bestellungsvertrags an einen der Antragsgegnerin bereits bekannten, jedoch namentlich nicht genannten Interessenten ab dem 01.11.2019, die der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, XXXX, im Zuge der Besprechung am 01.10.2019 gegenüber dem Antragsteller ausdrücklich erklärt habe.

Laut Kundmachung der vorangegangenen Ausschreibung betrage der geschätzte erzielbare Umsatz mit Tabakwaren für die Dienstleistungskonzession am ausgeschriebenen Standort in etwa XXXX pro Jahr. Da Bestellungsverträge von Gesetzes wegen gemäß § 34 Abs. 2 TabMG 1996 auf unbestimmte Zeit abzuschließen seien, handle es sich soweit ersichtlich um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich. Eine Berechnung des geschätzten Wertes der Konzession gemäß § 12 BVergGKonz sei offensichtlich nicht erfolgt. Grundlage der Schätzung sei der Gesamtumsatz während der Dauer der Konzessionslaufzeit ohne Umsatzsteuer. Gehe man etwa von einer zehnjährigen Laufzeit der Konzession aus, so betrage der Gesamtumsatz € XXXX. Aufgrund der nicht absehbaren Laufzeit sei jedoch der Schwellenwert in Höhe von € XXXX gemäß § 11 Abs. 1 BVergGKonz jedenfalls überschritten.

Der Antragsteller gehe davon aus, dass die nachträgliche Vergabe ohne Ausschreibung zu denselben Konditionen erfolgt sei, wie sie in der Kundmachung vom 12.03.2018 beschrieben worden sei. (Aufgrund der rechtswidrigen Unterlassung der öffentlichen [Neu-]Ausschreibung der Tabaktrafik könne er dies allerdings nur vermuten.)

Es handle sich somit jedenfalls um ein Konzessionsvergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Im gegenständlichen sei die Auftraggeberin die österreichische Monopolverwaltung GmbH. Diese habe gem. § 14 Abs 3 Tabakmonopolgesetz 1996 in der erforderlichen Zahl Außenstellen einzurichten. Ausschreibende Stelle sei die Monopolverwaltung für Wien, Niederösterreich und Burgenland. Die Antragsgegnerin sei elektronisch unter der E-Mail Adresse XXXX und unter der Faxnummer XXXX zu erreichen.

Die Anteile der Antragsgegnerin würden zu 100 % vom Bund gehalten und vom Bundesminister für Finanzen verwaltet. Der Antragsgegnerin obliege (unter anderem) die Verwaltung des Tabakmonopols, dh die Angelegenheiten des

Kleinhandels mit Tabakerzeugnissen, die Bestellung einer Zahl Tabaktrafikanten, die zur Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen erforderlich sei (§ 14 Abs. 1 TabMG 1996).

Die Antragsgegnerin sei zweifelsfrei ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 4 Abs. 2 Z 2 BVergGKonz.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin, XXXX, habe dem Antragsteller mündlich im Rahmen einer Besprechung am 1.10.2019 mitgeteilt, dass der Zuschlag aufgrund vorangegangener Absprachen einem - namentlich nicht genannten - Interessenten erteilt und mit 1.11.2019 mit einem ihm bereits bekannten Interessenten ein Bestellungsvertrag abgeschlossen werden würde. Die Auswahl des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei darin begründet, dass die Erben nach XXXX - der überhaupt nicht mehr "offizieller" Betreiber der Tabaktrafik an diesem Standort sei - eine entsprechende "Vereinbarung" mit einem ihnen genehmen Interessenten abgeschlossen hätten. Diese Vereinbarung müsse nun von der Antragsgegnerin eingehalten bzw. erfüllt werden. Im Übrigen handle es sich um eine "Aufstiegstrafik" - dieser Begriff finde weder im TabMG noch sonstwo eine rechtliche Grundlage -, sodass die Antragsgegnerin darüber frei und uneingeschränkt verfügen bzw. den Trafikanten die Verfügung (hier: Rechtsnachfolger nach XXXX) darüber einräumen könne. Das Angebot des Antragstellers würde mit Sicherheit nicht berücksichtigt werden.

Bereits im Zusammenhang mit der vorangegangenen, "temporären" Vergabe an XXXX habe es grobe Unregelmäßigkeiten gegeben. XXXX, die aktuelle Trafikantin, habe im Feststellungsverfahren betreffend die Vergabe des Standorts vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgebracht, dass Dr. XXXX, der Prokurist der Antragsgegnerin, sie gebeten habe, die Trafik "interimsmäßig für ein Jahr zu führen". Nach kurzer Bedenkzeit habe sie sich dazu bereit erklärt. Sie habe dann einen Untermietvertrag mit Herrn XXXX geschlossen, der "immer noch Besitzer der Trafik, jedoch nicht mehr Trafikant" sei, und auch ein "Abkommen mit dem Flughafen Schwechat" abgeschlossen. Offenkundig solle XXXX als "Platzhalterin" für einen anderen, bereits ausgewählten Trafikanten fungieren. Schon dieser vorangegangene Bestellungsvertrag sei höchst merkwürdig und rechtsstaatlich bedenklich. Die erste Ausschreibung (Kundmachung vom 12.3.2018) sei zu keinem Zeitpunkt widerrufen worden; auch eine Neuausschreibung sei zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Die Verhaltensweise der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit diesem Bestellungsvertrag sei rechtlich nicht nachvollziehbar.

Aus dem "temporären Bestellungsvertrag" der Antragsgegnerin mit XXXX, der vom 01.11.2018 bis zum 31.10.2019 abgeschlossen worden sei, der schriftlichen Stellungnahme von XXXX im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zur GZ W195 2201848-1/2E und den Äußerungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin, der eine definitive Neubesetzung ab dem 01.11.2019 bestätigt habe, ergebe sich, dass umgehend und mit Wirksamkeit ab 01.11.2019 ein neuer Bestellungsvertrag für die gegenständliche Trafik abgeschlossen werden würde. Im Zuge der Besprechung vom 01.10.2019 habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin bestätigt, dass tatsächlich bereits eine Zuschlagsentscheidung für einen konkreten Bieter getroffen worden sei; dies habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin in der Besprechung vom 01.10.2019 so erklärt und damit dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung (allerdings ohne Nennung des Namens des präsumtiven Zuschlagsempfängers) mündlich bekannt gegeben.

Gleichzeitig habe er erklärt, den Antragsteller nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen (rechtswidriges Nicht-Zulassen zur Teilnahme am Vergabeverfahren).

Bereits davor habe die Antragsgegnerin die - grob vergaberechtsrechtswidrige - Entscheidung getroffen, den gegenständlichen Bestellungsvertrag ohne Bekanntmachung zu vergeben.

In Anbetracht des vorangegangenen, (nicht förmlich und vergaberechtswidrig) "widerrufenen" Konzessionsvergabeverfahrens, der rechtswidrigen Erteilung eines Zuschlags eines "temporären Bestellungsvertrags" ohne Ausschreibung durch Abschluss eines Bestellungsvertrags am 29.10.2018 (zwei Tage vor Beginn der Laufzeit des "temporären Bestellungsvertrags"), stehe eine neuerliche rechtswidrige Zuschlagserteilung umgehend bevor. Da die Person des Zuschlagsempfängers laut mündlicher Mitteilung des Geschäftsführers der Antragsgegnerin bereits feststehe, habe diese somit bereits eine Zuschlagsentscheidung getroffen.

Allein aufgrund der intransparenten und grob rechtswidrigen Vorgehensweise der Antragsgegnerin sei es dem Antragsteller jedoch ungeachtet der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung im Zuge der Besprechung vom 01.10.2019 nicht möglich, den Namen des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu nennen.

Die Antragsgegnerin habe mit "Kundmachung" vom 12.03.2018 die Führung der Tabaktrafik am bzw. die Bestellung zum Tabaktrafikanten für den Standort 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, ausgeschrieben. Die Antragsgegnerin habe diese "Kundmachung" ausschließlich auf ihrer Website, www.mvg.at veröffentlicht. Als "Bewerbungsendtermin" sei in der Kundmachung der 11.04.2018 genannt. Der Antragsteller habe sich fristgerecht mit E-Mail vom 08.04.2018 beworben und sämtliche erforderliche Unterlagen an die Antragsgegnerin übermittelt.

Mit E-Mail vom 29.03.2018, beim rechtsfreundlichen Vertreter des Antragstellers eingelangt am selben Tag, habe die Antragsgegnerin das Einlangen der Bewerbung des Antragstellers bestätigt und ihn aufgefordert, den mit diesem Schreiben übermittelten Auskunftsbogen samt beigelegten Formblättern zu unterfertigen. Als Frist habe sie den 11.04.2018 genannt.

Mit förmlicher Urkundenvorlage vom 11.04.2018 habe der rechtsfreundliche Vertreter des Antragstellers der Antragsgegnerin sämtliche Formblätter und Unterlagen ausgefüllt und unterfertigt übermittelt. Die verlangten Nachweise habe er ebenfalls beigelegt. Die Antragsgegnerin habe diese Unterlagen unbeanstandet zur Kenntnis genommen.

Mit Schreiben vom 17.05.2018 habe die Antragsgegnerin dem Antragsteller mitgeteilt, dass die zuständige Besetzungskommission in ihrer Sitzung vom 17.05.2018 entschieden habe, sein Ansuchen um Verleihung der öffentlich zur Nachbesetzung ausgeschrieben Tabaktrafik in 1300 Wien Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, abzulehnen, weil er nicht zum Kreis der vorzugsberechtigten Personen gehöre und sein Angebot daher nicht zu berücksichtigen gewesen sei. Er könne innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt dieser Verständigung einen schriftlichen Antrag auf förmliche Entscheidung der Antragsgegnerin einbringen.

Der Antragsteller habe daraufhin fristgerecht mit Schreiben vom 20.05.2018 einen Antrag gemäß § 33 Abs. 1 TabMG 1996 auf förmliche Entscheidung, wer zum Tabaktrafikanten zu bestellen sei, eingebracht.

Im Schreiben vom 26.06.2018 habe die Antragsgegnerin dem rechtsfreundlichen Vertreter des Antragstellers mitgeteilt, dass XXXX zur Tabaktrafikantin bestimmt werde. Sie habe dies damit begründet, dass ihr der Vorzug zu geben gewesen sei. Der rechtsfreundliche Vertreter des Antragstellers habe gegen dieses Schreiben bzw. die Entscheidung der Bestellung von XXXX zur Tabaktrafikantin am 20.07.2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Die Beschwerde sei vom Bundesverwaltungsgericht zur Geschäftszahl W195 2201848-1/2E registriert. Das Bundesverwaltungsgericht habe die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, dass es sich bei der Bestimmung von Tabaktrafikanten gemäß TabMG um eine privatwirtschaftliche Angelegenheit handle. Die Entscheidung der Antragsgegnerin sei daher nicht als Bescheid zu qualifizieren und eine Beschwerde dagegen unzulässig. Das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.08.2018, W195 2201848-1/2E, sei dem rechtsfreundlichen Vertreter des Antragstellers am 24.08.2018 zugestellt worden.

Mit Eingabe vom 11.10.2018 ("Mitteilung") habe der Antragsteller über seinen rechtsfreundlichen Vertreter den Bundesminister für Finanzen kontaktiert und auf die bestehenden Missstände in der Monopolverwaltung bzw. bei der Abwicklung der Vergabe von Tabaktrafiken aufmerksam gemacht. Dieser Mitteilung seien zahlreiche Unterlagen, auch betreffend die hier gegenständliche Dienstleistungskonzession und die Ausschreibung laut Kundmachung vom 12.02.2018, angeschlossen gewesen. Der Antragsteller sei damals aufgrund der Bekanntgabe der Entscheidung zugunsten von XXXX zurecht davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin mit dieser einen Bestellsvertrag abgeschlossen habe.

Der Bundesminister für Finanzen als Verwalter der Anteile des Bundes an der Antragsgegnerin habe auf diese Mitteilung mit Schreiben vom 07.11.2018 reagiert, dem rechtsfreundlichen Vertreter des Antragstellers zugestellt am 28.11.2018. In diesem Schreiben habe der Bundesminister für Finanzen zu den vom Antragsteller aufgezeigten Unregelmäßigkeiten bei der Vergabe der hier gegenständlichen Tabaktrafik Stellung genommen. Er habe darin bekanntgegeben, dass in Folge der angeblichen Zurückziehung sämtlicher Bewerbungen - inklusive der Bewerbung von XXXX, die nach Mitteilung der Antragsgegnerin an den Antragsteller vom 26.6.2018 bereits zur Tabaktrafikantin bestimmt worden wäre - die Ausschreibung gemäß § 25 Abs. 9 TabMG 1996 von der Antragsgegnerin widerrufen worden sei. Zeitlich befristet und interimistisch sei der bisherige Tabaktrafikant (XXXX) dort wieder zum Tabaktrafikanten bestellt worden. Der Bundesminister für Finanzen habe eine Neuausschreibung für diesen Standort angekündigt.

Aufgrund seines nach wie vor bestehenden Interesses an der Bestellung zum Tabaktrafikanten an diesem Standort sei der Antragsteller mit Schreiben seines rechtsfreundlichen Vertreters vom 10.05.2019 nochmals mit der Antragsgegnerin in Verbindung getreten und habe sich nach dem Zeitpunkt einer neuen Ausschreibung erkundigt.

Mit Schreiben vom 20.05.2019, dem rechtsfreundlichen Vertreter des Antragstellers zugestellt am 21.05.2019, habe die Antragsgegnerin den Antragsteller verständigt, dass Ausschreibungen von Tabaktrafikanten auf der Homepage der Antragsgegnerin ersichtlich gemacht würden und eine individuelle Verständigung von Bewerbern nicht vorgesehen sei.

Der Antragsteller habe dies zum Anlass genommen, in das Verzeichnis der Trafiken auf der Website der Antragsgegnerin, www.mvg.at, Einsicht zu nehmen. Dort scheine nunmehr nicht mehr XXXX, sondern XXXX als Tabaktrafikantin am bezeichneten Standort auf. Folglich müsse es nach der Auskunft des Bundesministers für Finanzen vom 07.11.2018, zugestellt am 28.11.2018, oder ohne dessen Wissen vorher zur Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens und zu einer Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu Gunsten von XXXX gekommen sein. Andernfalls hätte der Bundesminister für Finanzen dem Antragsteller eine unrichtige Auskunft erteilt.

In Folge der Verhandlung des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Trafik am Standort XXXX, beim Bundesverwaltungsgericht registriert unter W134 2222370-2/12Z, habe am 01.10.2019 eine Besprechung zwischen dem Antragsteller und dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin, XXXX, in den Räumlichkeiten des rechtsfreundlichen Vertreters des Antragstellers stattgefunden.

Im Zuge dieser Besprechung habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller erklärt, dass (ein zu diesem Zeitpunkt bereits feststehender), vom verstorbenen Trafikanten bzw. dessen Erben namhaft gemachter Trafikant mit Wirksamkeit vom 01.11.2019 unbefristet bestellt werden würde. Der Antragsteller habe darüber ein Gedächtnisprotokoll verfasst und könne die Aussage auch im Wege seiner Vernehmung als Partei, allenfalls unter Eid, bestätigen.

Mit anderen Worten: Die Antragsgegnerin habe im der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung vorangegangenen gegenständlichen

Vergabeverfahren jedenfalls folgende Entscheidungen getroffen:

"• die Vergabe des gegenständlichen Bestellungsvertrags nicht öffentlich auszuschreiben (rechtswidriges Unterlassen der Ausschreibung),

• den Antragsteller nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen (rechtswidriges Nicht-Zulassen zur Teilnahme am Vergabeverfahren) - dies folge zwingend aus der bereits zuvor getroffenen Zuschlagsentscheidung an einen namentlich nicht genannten Dritten, und

• das Vergabeverfahren nicht bekanntzumachen und den gegenständlichen Bestellungsvertrag direkt zu vergeben (rechtswidrige Unterlassung der Bekanntmachung und unzulässige Wahl der Direktvergabe/Durchführung des Vergabeverfahrens mit einem einzigen Unternehmer)."

Zuletzt habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines namentlich nicht genannten, jedoch bereits ausgewählten und feststehenden Interessenten mitgeteilt.

Der Antragsteller erfülle alle gesetzlichen und in der Ausschreibung genannten Voraussetzungen für die Führung einer Tabaktrafik. Bei ihm liege kein Ausschlussgrund im Sinne des § 27 TabMG 1996 und auch kein sonstiger Ausschlussgrund vor. Die Antragsgegnerin wisse aufgrund der vorangegangenen Ausschreibung, dass der Antragsteller Interesse am gegenständlichen Bestellungsvertrag habe.

Der Antragsteller habe sich bereits seit Längerem immer wieder für Tabaktrafiken beworben. Er tue dies - wie auch der Antragsgegnerin wohlbekannt sei - auch, um seinem behinderten Sohn eine Lebensstellung zu verschaffen. Er selbst habe ebenfalls ein eminentes wirtschaftliches Interesse an einer Tabaktrafik. Dieses wirtschaftliche Interesse sei mit dem erzielbaren Umsatz in der Tabaktrafik am gegenständlichen Standort zu beziffern. Er habe eine wirtschaftliche Ausbildung und beabsichtige seit Längerem, diese bei der Führung einer Tabaktrafik im Sinn der Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen zu seinem eigenen und zum öffentlichen Wohl nutzbar zu machen.

Der Vollständigkeit halber weise der Antragsteller darauf hin, dass er wiederholt die Intransparenz und Rechtswidrigkeit der Vergabep Praxis betreffend die Dienstleistungskonzession des Betriebs von Tabaktrafiken kritisiert habe. Das BVergGKonz biete nun die Möglichkeit, diese Vergabep Praxis rechtlich überprüfen zu lassen. Der

Antragsteller, der die Vergabep Praxis der Antragsgegnerin bereits seit einigen Jahren beobachtet habe, sei auch grundsätzlich an der Durchführung fairer, diskriminierungsfreier, nachvollziehbarer und transparenter Konzessionsvergaben im Bereich der Vergabe von Tabaktrafiken interessiert.

Der Geschäftsführer der Antragsgegnerin habe dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung im Zuge einer Besprechung am 01.10.2019 um 16.00 Uhr mündlich bekannt gegeben. Die Frist für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags gegen die Zuschlagsentscheidung ende somit am 16.10.2019.

Der vorliegende Antrag sei damit rechtzeitig.

Der Antragsteller habe eine reelle und rechtlich durch das BVergGKonz geschützte Chance, am gegenständlichen Standort zum Tabaktrafikanten bestellt zu werden. Der aufgetretene bzw. zukünftige Schaden sei somit auch mit dem entgangenen Gewinn zu beziffern, d. h. mit jenem wirtschaftlichen Erfolg, den der Antragsteller im Fall des Zuschlags erzielen hätte können. Der geschätzte Jahresumsatz sei in der vorangegangenen Kundmachung auf der Website der Antragsgegnerin genannt. Der Beschwerdeführer sei derzeit 56 Jahre alt. Er könne die Trafik am genannten Standort jedenfalls theoretisch für 10 Jahre betreiben. Gemäß § 13 Abs 1 BVergGKonz dürften Konzessionen für maximal fünf Jahre vergeben werden. Der Schaden (entgangene Gewinn) sei somit zumindest mit dem Gewinn für eine Zeitspanne von fünf Jahren zu bewerten.

Mangels Ausschreibung und Konzessionsunterlagen, die die Antragsgegnerin dem Antragsteller vorenthalten habe, lasse sich der Schaden nicht konkret beziffern. Angesichts des in der "Voraussschreibung" bezifferten hohen Konzessionswerts bzw. des Jahresumsatzes von EUR 3.300.000 sei der Schaden jedoch beträchtlich. Der Schaden bestehe jedenfalls in dem entgangenen Gewinn für die Laufzeit der Konzession.

Ein dem Antragsteller drohender Schaden liege bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden könne. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, werde bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei (VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032).

Für die Antragslegitimation (auch nach § 331 Abs. 1 BVergG 2006) komme es darauf an, dass ein entsprechendes Interesse und ein (drohender) Schaden in plausibler Weise dokumentiert würde.

Der Antragsteller erfülle alle gesetzlichen und alle in der "Kundmachung" bzw. den dort wiedergegebenen "allgemeinen Ausschreibungsbedingungen" genannten Voraussetzungen. Er habe daher eine reale Chance auf Zuschlagserteilung. Aufgrund der gravierenden Mängel der Ausschreibung sei das Konzessionsvergabeverfahren allerdings intransparent und entspreche in keiner Weise den Bestimmungen des anzuwendenden BVergGKonz.

Gegenstand des Nachprüfungsantrags sei die dem Antragsteller vom (alleinigen und allein vertretungsbefugten) Geschäftsführer der Antragsgegnerin, XXXX, am 1.10.2019 mündlich mitgeteilte Entscheidung, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für die gegenständliche Dienstleistungskonzession bereits feststehe, und die Antragsgegnerin nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen werde. Diese Mitteilungen seien - ungeachtet ihrer Rechtswidrigkeit und inhaltlichen und formellen Mängel - als

"• Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren.

• Zuschlagsentscheidung,

hilfsweise jedenfalls aus unionsrechtlichen Gründen gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren."

Das BVergGKonz erkläre die Nichtzulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zur gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 11 lit a sublit bb BVergGKonz). Ein Auftraggeber habe die Gründe für die Nicht-Zulassung festzuhalten und die betroffenen Bieter zu verständigen. Er müsse die Gründe für die Nicht-Zulassung förmlich bekannt geben (§ 24 Abs 6 BVergGKonz). Für die Bekanntgabe würden die Bestimmungen über Bekanntgaben gelten (§ 34 f BVergGKonz).

In Vergabeverfahren nach dem BVergGKonz sei (weilers) die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar (§ 2 Z 11 lit a sublit bb BVergGKonz). Das Gesetz erkläre alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen (sublit a) vorangehenden Entscheidungen für nicht gesondert anfechtbar (§ 2 Z 11 lit b BVergGKonz).

Als Zuschlagsentscheidung definiere der Gesetzgeber die an Bieter gerichtete bzw. für diese bereitgestellte Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle (§ 2 Z 26 BVergGKonz).

Der Antragsteller gehe davon aus, dass die ihm mündlich mitgeteilte Entscheidung, einem - namentlich nicht genannten, jedoch offenkundig bereits feststehenden - Bewerber den Zuschlag zu erteilen, als Zuschlagsentscheidung und damit gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinn des § 2 Z 11 lit a sublit bb BVerGKonz zu qualifizieren sei.

Auch die in derselben Besprechung gegenüber dem Antragsteller klar artikuliert Entscheidung, ihn bzw. seinen Teilnahmeantrag kategorisch nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen, sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 11 lit a sublit bb BVerGKonz. In seiner Rechtsprechung habe der Verwaltungsgerichtshof darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit der Verpflichtung zur Bekanntgabe einer förmlichen Zuschlagsentscheidung und mit den diesbezüglichen Formvorschriften eine "Bringschuld des öffentlichen Auftraggebers" statuiert habe. Es sei daher einem Bieter nicht zumutbar - und im vorliegenden Fall im Übrigen auch gar nicht möglich - die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst zu beschaffen (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081).

Schon das Fehlen einer Begründung der Zuschlagsentscheidung bzw. das Fehlen der Gründe für die Ablehnung des Angebots des nicht zum Zug kommenden Adressaten einer Zuschlagsentscheidung, das Fehlen der Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots etc., habe der Verwaltungsgerichtshof als wesentlichen Mangel einer Zuschlagsentscheidung angesehen, weil dadurch dem Adressaten die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags erschwert würde (VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224 mH auf die Vorjudikatur).

Der Verwaltungsgerichtshof habe die Bedeutung der Effektivität des Rechtsschutzes betont und - im Einklang mit der unionsrechtlichen Rechtslage - Formmängel und inhaltliche Mängel nicht gelten lassen, um Bietern den Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidungen zu verwehren.

Tatsächlich wäre es höchst problematisch, wenn man es einem Auftraggeber ermöglichen würde, seine Entscheidungen durch Missachtung jeglicher vergaberechtlichen Vorschriften einer Nachprüfung durch das zuständige Verwaltungsgericht zu entziehen.

Aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht weise der Antragsteller darauf hin, dass nur "nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen" (§ 2 Z 12 lit a sublit bb BVerGKonz) nicht gesondert anfechtbar seien (§ 2 Z 12 lit b BVerGKonz). Als solche seien all jene Entscheidungen definiert, die "den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorangehen". Bei dem dem Antragsteller im Rahmen der Besprechung vom 1.10.2019 bekannt gegebenen Entscheidungen,

"• ihn/seinen Teilnahmeantrag nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen, und

• einem (namentlich nicht genannten, bereits feststehenden) präsumtiven Zuschlags-empfänger den Zuschlag zu erteilen",

handle es sich - sofern man diese nicht als Entscheidung über die Nichtzulassung zum Vergabeverfahren und als Zuschlagsentscheidung qualifiziere, was rein begrifflich zwanglos möglich und aus Rechtsschutzgründen auch geboten sei - jedenfalls um eine zeitlich nach allen in § 2 Z 12 lit a sublit bb BVerGKonz getroffene Entscheidung im Vergabeverfahren, die daher nicht mehr im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen eine andere Entscheidung überprüft werden könne.

So müssten diesen beiden grob rechtswidrigen Entscheidungen zeitlich und logisch (unter anderem) folgende vergaberechtswidrigen Entscheidungen vorangegangen sein:

"• die Entscheidung über die Vergabe des gegenständlichen Bestellungsvertrags nicht öffentlich auszuschreiben (rechtswidriges Unterlassen der Ausschreibung), und

• die Entscheidung, den gegenständlichen Bestellungsvertrag direkt zu vergeben (rechtswidrige Wahl der Direktvergabe als im BVerGKonz überhaupt nicht vorgesehener Modus der Vergabe)."

Dem Antragsteller bliebe nur mehr die Möglichkeit, den Vergabeverstoß ex post durch Feststellungsantrag geltend zu machen. Sowohl das BVerGKonz als auch die Rechtsmittelrichtlinie hätten effizienten Rechtsschutz zum Ziel. Es stünde in einem eklatanten Widerspruch zum Rechtsschutzgedanken des BVerGKonz und der Rechtsmittelrichtlinie, wenn der Antragsteller "sehenden Auges" eine rechtswidrige (Direkt-)Vergabe abwarten und dagegen mit Feststellungsantrag ankämpfen müsste. Dies wäre mit den Rechtsgrundlagen nicht vereinbar.

Zusammenfassend seien die dem Antragsteller am 01.10.2019 mündlich mitgeteilten Entscheidungen - wenn man

diese nicht als Entscheidung über die Nichtzulassung des Angebots und als Zuschlagsentscheidung qualifiziere - jedenfalls keine "den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen" iSd § 2 Z 11 lit a sublit bb, sodass es sich nicht um "nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen" handle. Beide Entscheidungen seien somit anfechtbar.

Unionsrechtliche Überlegungen führten ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die gegenständlich bekannt gegebene Entscheidung, wonach der präsumptive Zuschlagsempfänger bereits feststehe und dieser schon ab 01.11.2019 einen unbefristeten Bestellungsvertrag erhalten würde, als gesondert anfechtbar zu beurteilen sei.

Der Gerichtshof der Europäischen Union habe ausgesprochen, dass hinsichtlich des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle über Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber eine restriktive Auslegung des Art 1 Abs 1 Rechtsschutzrichtlinie 89/665/EWG nicht in Betracht komme (EuGH 18.6.2002, C-92/00, HI/Stadt Wien, Rn 61).

Bieter müsste Rechtsschutz jedenfalls zu einem Zeitpunkt gewährt werden, zu dem Verstöße noch beseitigt werden könnten (EuGH 28.10.1999, C-81/98, Alcatel Austria, Rn 33; 12.2.2002, Rs C-470/99, Universale-Bau, Rn 74; 11.1.2005, C-26/03, Stadt Halle, Rn 39); die Verlagerung der Möglichkeit der Nachprüfung auf einen späteren Zeitpunkt sei demnach nur dann zulässig, wenn dann, dh im späteren Stadium des Vergabeverfahrens, eine Beseitigung des Verstoßes noch möglich sei. Gerade dies wäre hier nicht der Fall: Nach der rechtswidrigen Direktvergabe wäre der Antragsteller auf eine ex post-Rechtsverfolgung und Schadenersatzansprüche angewiesen. Sowohl das BVergGKonz als auch die Rechtsmittelrichtlinie würden - wie auch der Gerichtshof der Europäischen Union judiziert - der ex ante-Rechtsverfolgung und effizientem Rechtsschutz gegenüber nachträglicher Prüfung und Schadenersatz klar den Vorzug geben. Dies diene auch der Rechtssicherheit - sowohl aus dem Blickwinkel des Auftraggebers als auch der Bieter und des (präsumtiven) Zuschlagsempfängers.

Der Gerichtshof unterscheide zwischen rein vorbereitenden Entscheidungen und solchen, die aufgrund ihrer Rechtswirkungen jedenfalls anfechtbar sein müssten (EuGH 11.1.2005, C-26/03, Rn 35).

Rechtswidrige Handlungen bzw. Entscheidungen, die einen potenziellen Bieter auf solche Weise rechtlich beschwerten, dass es ihm übermäßig erschwert oder unmöglich gemacht würde, an einem Vergabeverfahren sachgerecht weiter teilzunehmen, und die so die Transparenz und den fairen Wettbewerb innerhalb des Vergabeverfahrens beeinträchtigten, müssten jedenfalls einer Nachprüfung zugänglich sein. Vor allem, wenn ein Unternehmen nach einer Entscheidung nicht mehr sinnvoll am Wettbewerb teilnehmen könne oder, soweit es noch teilnehmen könne, der Wettbewerb infolge der Handlung/Entscheidung des Auftraggebers erheblich verzerrt wäre, sei entsprechender Rechtsschutz unionsrechtlich geboten. Es sei mit dem Beschleunigungs- und Effizienzgedanken der Rechtsschutzrichtlinie nicht vereinbar, wenn ein Bieter eine diskriminierende Entscheidung (im zitierten Anlassfall zur Entscheidung des Gerichtshofes: diskriminierende Spezifikation) hinnehmen und sich am Vergabeverfahren beteiligen müsste, (nur) um sich dann gegen die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu wehren (so sinngemäß EuGH 12.2.2004, C-230/02, Grossmann Air, Rn 37).

Der unionsrechtliche Effizienzgrundsatz und damit verbunden die unmittelbare Anwendbarkeit von Art 2 Abs 1 lit a und b Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG geböten es im vorliegenden Fall, Rechtsschutz gegen die am 01.10.2019 mündlich mitgeteilte Entscheidung des Auftraggebers zu gewähren und eine Nachprüfung samt einstweiligem Rechtsschutz zu gestatten.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht die unionsrechtliche Rechtslage nicht klar und eindeutig dahingehend beurteilen, dass dem Antragsteller Rechtsschutz gegen die mitgeteilte Entscheidung der Antragsgegnerin zustehe, so rege der Antragsteller die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Klärung der Rechtsfrage an, "ob Art 2 Abs 1 lit a und b Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG o die Möglichkeit der Nachprüfung einer Mitteilung an einen Bieter, dass er/sein Teilnahmeantrag kategorisch nicht zum Vergabeverfahren zugelassen wird, o die Möglichkeit der Nachprüfung einer Mitteilung des öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter, dass der präsumptive Zuschlagsempfänger einer in Kürze (in etwa einem Monat) unbefristet zu vergebenden Dienstleistungskonzession bereits feststeht und der Bieter keinesfalls den Zuschlag erhalten wird, sowie o einstweiligen Rechtsschutz gegen die Rechtswirksamkeit dieser beiden Entscheidungen, insbesondere gegen die offenkundig rechtswidrige Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger gebieten."

Zusammenfassend müsse dem Antragsteller gegen die angefochtene Zuschlagsentscheidung sowohl aufgrund des BVergGKonz als auch aufgrund der unionsrechtlichen Grundlagen, die unmittelbar anwendbar seien, insbesondere Art

2 Abs 1 lit a und b Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG Rechtsschutz gewährt werden.

Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des BVergGKonz

Der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen sei in Österreich den Trafikanten vorbehalten (§ 5 Abs. 2 TabMG 1996). Die Antragsgegnerin sei gem. § 25 TabMG 1996 verpflichtet, Tabaktrafiken öffentlich auszuschreiben. Gegenstand der Ausschreibung und damit des daran anschließenden Vergabeverfahrens sei die Bestellung zum Tabaktrafikanten für eine bestimmte Tabaktrafik, dh für einen bestimmten Standort (§ 25 Abs. 1 TabMG 1996).

In der Ausschreibung sei insbesondere anzugeben, ob die Tabaktrafik als Tabakfachgeschäft oder Tabakverkaufsstelle zu führen sei und welcher Umsatz an Tabakerzeugnissen voraussichtlich erzielbar sei. Aufgrund der Ausschreibung einer Tabaktrafik erfolge schließlich deren "Besetzung" (§ 32 TabMG 1996). Zivilrechtlich werde die "Besetzung" durch Abschluss eines Bestellungsvertrags zwischen dem Bewerber (in der vergaberechtlichen Terminologie: Bieter) und der Antragsgegnerin besiegelt (§ 34 TabMG).

Die Vergabe einer Tabaktrafik sei als Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz zu qualifizieren. Dienstleistungskonzessionen seien entgeltliche Verträge, mit denen ein Auftraggeber (hier: die Antragsgegnerin) einen Unternehmer (hier: den bestellten Tabaktrafikanten) mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen (Verkauf von Tabakwaren) betraue, wobei die Gegenleistung im Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen (hier: Handel mit Tabakwaren) bestehe.

Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, die flächendeckende Nahversorgung der Bevölkerung mit Tabakwaren zu gewährleisten (so etwa die ParlMat zur Stammfassung des Tabakmonopolgesetzes 1996, BGBl 830/1995, IA 408/8 19. GP, 28). Zudem habe die Organisation des Tabakmonopols und die Vergabe von Konzessionen an Tabaktrafikanten auch gesundheits- und jugendschutzpolitische Gründe. Die Bundesregierung selbst habe darauf hingewiesen, dass (nur) durch Trafikanten als Fachhändler eine taugliche Kontrolle der Abgabe von Tabakerzeugnissen an Jugendliche möglich sei. Tabaktrafikanten seien aufgrund des Regimes der Monopolverwaltung leichter zu kontrollieren als Gewerbeberechtigte. Zudem diene das Trafiksystem der Sicherung des Steueraufkommens und der Hintanhaltung von Steuerhinterziehung. Ferner seien die Trafikanten besonders geschult und mit strengen gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen zu Einzelhändlern bestellt (so die Bundesregierung in ihrer Gegenschrift im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, G 118/2015 ua [e-Zigaretten]).

Im TabMG selbst sei an mehreren Stellen vom Versorgungsauftrag der einzelnen Trafikanten die Rede: Diese müssten die Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen gewährleisten bzw. in ausreichender Zahl bestellt werden, um diese zu gewährleisten (§ 14 TabMG). Das TabMG spreche vom Monopolinteresse an der Nahversorgung mit Tabakwaren § 36 Abs 1 TabMG). Das TabMG enthalte ein strenges Reglement über Rechte und Pflichten der Tabaktrafikanten. So müssten diese "die Nachfrage nach Tabakerzeugnissen an ihrem Geschäftsstandort jeweils bestmöglich befriedigen" (§ 36 Abs. 2 TabMG). Die Trafiklokale müssten bestimmte Anforderungen an die Ausstattung erfüllen § 37 TabMG). Der Inhalt des Bestellungsvertrags zwischen dem Trafikanten und der Antragsgegnerin sei gesetzlich geregelt, wobei den Trafikanten eine Betriebspflicht bzw. eine Verpflichtung zur Einhaltung der vorgegebenen Öffnungszeiten treffe (§ 34 TabMG).

Mit dem Vertrieb von Tabakwaren über Tabaktrafiken seien vom Gesetzgeber die Einnahmenerzielung, die Sicherung der Erhebung von Steuern auf Tabakwaren als "besonders hoch versteuerten Produkten", sozialpolitische Ziele sowie die flächendeckende Nahversorgung mit Tabakwaren intendiert. Auch die Nahversorgung von "sonstigen wichtigen Waren und Dienstleistungen wie zB Zeitungen, Stempelmarken, Postwertzeichen" oder die Funktion der Trafiken als "Toto-Lottoannahmestellen" sei vom Gesetzgeber für die restriktive Regelung des Marktzugangs bzw. Einrichtung des Monopols als Rechtfertigung herangezogen worden. Zudem seien gesundheitspolitische Überlegungen für das Einzelhandelsmonopol ins Treffen zu führen, zB die leichtere Kontrolle von Maßnahmen wie der Kennzeichnung gesundheitsschädlicher Tabakwaren (ParlMat zum TabMG 1996, IA 408 BlgNR 19. GP, 48 f).

Mit anderen Worten: Das Trafikensystem bzw. die Bestellung von Trafikanten mittels eines Bestellungsvertrags, der alle Rechte und Pflichten der Trafikanten detailliert regle, sehe Verpflichtungen der Trafikanten vor, die weit über die Verpflichtungen bzw. Berufsausübungsregeln der Apotheker, Rauchfangkehrer oder ähnlicher Berufsgruppen hinausgingen.

Im Gesetzesprüfungsverfahren G 118/2015 ua, VfSlg 20.002/2015 (e-Zigaretten), habe die Bundesregierung ihre

Rechtsansicht zu den Zielsetzungen und zum Gegenstand des Tabakmonopols ausführlich dargelegt. Das Tabakmonopol diene demnach der Sicherung der Erhebung der Steuern auf Tabakwaren sowie der leichteren Überwachung des Handels mit Tabakerzeugnissen in Österreich. Die Tabaktrafikanten würden "vertraglich bestellt" und "streng überwacht". Das Einzelhandelsmonopol (Trafikensystem) sei ein wichtiger Faktor in der Nahversorgung. Es gewährleiste österreichweit den flächendeckenden Tabakwarenverkauf und sichere darüber hinaus die flächendeckende Versorgung mit sonstigen wichtigen Waren und Dienstleistungen. Es habe auch sozialpolitische Ziele wie die Versorgung von Kriegs- und Heeresopfern und deren Hinterbliebenen. Die Bundesregierung habe im damaligen Verfahren auch die gesundheitspolitischen Aspekte und den Jugendschutz durch die Trafikanten besonders betont. Bei Trafikanten handle sich um besonders geschulte und "mit strengen gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen (!) bestellte Einzelhändler", die den Gesundheits- und Jugendschutz vollziehen würden. Die Zielsetzungen des Tabakmonopols lägen daher eindeutig im öffentlichen Interesse.

In der Begründung seines Erkenntnisses habe der Verfassungsgerichtshof zu diesen Aspekten eindeutige Feststellungen getroffen (wenngleich er nicht zu dem damals von der Bundesregierung gewünschten Ergebnis gelangt sei): Er habe ausdrücklich festgehalten, dass mit dem System der Tabaktrafiken vom Gesetzgeber gerade die flächendeckende Nahversorgung mit Tabakwaren intendiert sei (mit Hinweis auf die ParlMat zum TabMG 1996, IA 408 BlgNR 19. GP, 48). Auch anerkannt seien die gesundheits- und jugendschutzpolitischen Zielsetzungen der Monopolverwaltung, die durch das Trafikensystem und die vertraglichen Verpflichtungen der Trafikanten im Bestellungsvertrag umgesetzt würden. (Für den zu entscheidenden Fall der gesetzlichen Einschränkung des Vertriebs von e-Zigaretten auf Trafikanten wäre jedoch aus Gründen des Gleichheitssatzes und der Erwerbsfreiheit keine ausreichende Rechtfertigung offensichtlich.)

Da der Staat aus unterschiedlichen Motiven (Sicherung der Einhebung der Tabaksteuer, Jugendschutz, Gesundheitsschutz) ein Trafikensystem eingerichtet habe und sich selbst mit dem TabMG verpflichtet habe, die Nahversorgung mit Tabak für die Bevölkerung zu gewährleisten, könne nicht davon die Rede sein, dass die Bestellungsverträge "unentgeltlich" wären und lediglich eine Ermächtigung zum Vertrieb von Tabakwaren darstellten. Tatsächlich nehme die Monopolverwaltung mittels der Vergabe von Bestellungsverträgen direkt und konkret Einfluss auf die Besetzung der Trafiken und regle damit den Marktzutritt ausschließlich und restriktiv. Mittels der Bestellungsverträge würden die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Trafikantinnen spezifiziert und umgesetzt. Dies zeige sich etwa daran, dass an stark frequentierten Orten wie Flughäfen und Bahnhöfen die im Bestellungsvertrag vertraglich festgesetzten Öffnungszeiten über jene kleiner Trafiken (weit) hinausgingen. Den Trafiken würden somit Verpflichtungen im Sinne von Aufgaben/Zielsetzungen im öffentlichen Interesse auferlegt. Es könne daher nicht davon die Rede sein, dass Trafikanten eine "unentgeltliche" Genehmigung/Ermächtigung zum Vertrieb von Tabakwaren innehätten, für die sie keinerlei Gegenleistungen gegenüber der Monopolverwaltung GmbH erbringen müssten.

Die Definition der Dienstleistungskonzession im BVergGKonz sei Art 5 Z 1 lit b Konzessionsvergabe-Richtlinie entnommen. Der Unionsgesetzgeber unterscheide in den Erwägungsgründen zwischen "Genehmigungen und Lizenzen" einerseits und Konzessionsverträgen andererseits. Für Konzessionsverträge sei charakteristisch, dass diese "wechselseitig bindende Verpflichtungen [enthielten], denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen müsse, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt würden und rechtlich durchsetzbar seien (Erwägungsgrund 14 KonzV-RL 2014/23/EU).

Im Richtlinienentwurf zur KonzV-RL erörtere die Kommission den Begriff der Konzession in Abgrenzung zu bloßen Lizenzen oder Genehmigungen: Lizenzen oder Genehmigungen seien demnach Berechtigungen ohne Einschränkungen oder Festsetzung von Quoten, die vom öffentlichen Auftraggeber im Fall der Erfüllung vorab festgelegter Kriterien erteilt würden (KOM (2011) 897 endg, Rn 22).

Bei korrekter rechtlicher Betrachtung sei klar, dass Bestellungsverträge gemäß dem TabMG zweifelsfrei und genuin als (Dienstleistungs-) Konzessionen zu beurteilen seien. Sollten daran irgendwelche Zweifel bestehen, bestehe selbstverständlich die Möglichkeit, den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens zur rechtlichen Beurteilung der Bestellungsverträge anzurufen. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach Maßgabe der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen vorherzusehen, sodass tatsächlich eine völlig klare Rechtslage vorliege, bei der sich die Anrufung des Gerichtshofs in Wahrheit erübrige.

Die Antragsgegnerin selbst bzw. deren Aufsichtsbehörde, der Bundesminister für Finanzen, hätten dem Antragsteller mitgeteilt, dass die Gewährleistung der Nahversorgung mit Tabakwaren ein wichtiges Monopolinteresse darstelle. Mit dieser Begründung habe es die Antragsgegnerin auch gerechtfertigt, dass nach einem Vergabeverfahren - ohne Widerruf der Ausschreibung - eine intransparente Direktvergabe an den bisherigen Konzessionär erfolgt sei. Dies zeige, welch hohen Stellenwert die Antragsgegnerin einer ununterbrochenen Nahversorgung der Bevölkerung mit Tabakwaren einräume.

Der Handel mit Tabakerzeugnissen sei grundsätzlich den Tabaktrafikanten vorbehalten. Die Bestellung von Tabaktrafikanten sei die gesetzliche Aufgabe der Antragsgegnerin. Anderen als Tabaktrafikanten sei der Handel mit Tabakerzeugnissen verboten. Die konzessionierte Dienstleistung sei somit der Handel mit Tabakerzeugnissen (§ 23 TabMG 1996). Nach der Konzeption des österreichischen TabMG 1996 finanziere sich die Tätigkeit der Tabaktrafikanten aus dem Verschleiß von Tabakerzeugnissen.

Bei der Vergabe von Konzessionen für den Tabakhandel, dh bei der Besetzung von Trafiken und Bestellung von Tabaktrafikanten, handle es sich nach gefestigter und rezenter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Verfassungsgerichtshofes um Akte der Privatwirtschaftsverwaltung. Die Vergabe von Konzessionen nach dem TabMG 1996 sei somit nicht als Hoheitsakt der Antragsgegnerin zu qualifizieren. Diese könne sich daher bei ihrer Tätigkeit auch nicht auf die Ausnahmen des § 9 BVergGKonz vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes stützen. Auch keine andere Ausnahme vom Anwendungsbereich des BVergGKonz, etwa in § 8 BVergGKonz, komme der Antragsgegnerin zugute.

Das BVergGKonz sei soweit hier relevant an dem auf seine Kundmachung folgenden Tag in Kraft getreten (§ 118 Abs 1 BVergGKonz). Das BVergGKonz sei mit BGBl I 65/2018 am 20.8.2018 kundgemacht worden. Es sei somit seit 21.8.2018 in Kraft. Sämtliche einschlägige Bestimmungen des BVergGKonz seien seit Inkrafttreten dieses Gesetzes von der Antragsgegnerin zu befolgen. Insoweit das BVergGKonz Spezialbestimmungen zum TabMG 1996 enthalte oder dieses gar derogiert, habe das BVergGKonz nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung Vorrang vor dem TabMG 1996.

Die Antragsgegnerin habe die einschlägigen anwendbaren Vorschriften des BVergGKonz im gegenständlichen Vergabeverfahren gröblich missachtet.

Im Folgenden zähle der Antragsteller einige der gravierendsten und augenfälligsten Verstöße der Antragsgegnerin gegen BVergGKonz auf.

Verstoß gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens

Konzessionsvergabeverfahren seien unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbs zu führen (§ 14 Abs 1 BVergGKonz).

Die beabsichtigte Direktvergabe und die Nicht-Zulassung des Antragstellers zum Vergabeverfahren stehe in einem krassen Gegensatz zu den angeführten Grundsätzen des Vergaberechts. Sie verstoße ganz offenkundig gegen grundlegende Prinzipien des unionsrechtlichen und nationalen Vergaberechts.

Verstoß gegen die Verpflichtung zur Bekanntmachung

Die Antragsgegnerin habe im vorliegenden Fall überhaupt keine Ausschreibung vorgenommen. Sie diese daher auch nicht bekanntgemacht.

Der Auftraggeber habe die beabsichtigte Vergabe einer Konzession bekanntzumachen (§ 20 Abs. 2 BVergGKonz). Eine Ausnahme von den Bekanntmachungsvorschriften im Sinne des § 22 Abs. 3 BVergGKonz sei im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich. Die gegenständliche Ausschreibung im Oberschwellenbereich sei daher gemäß § 31 BVergG-Konz verpflichtend unionsweit bekannt zu machen. Zusätzlich habe die Bekanntmachung in Österreich unter www.data.gv.at durch Bekanntmachung der Kerndaten zu erfolgen.

Festzuhalten sei, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur unionsweiten und österreichweiten Bekanntmachung weder auf ihrer Website, www.mvg.at, noch über die im BVergGKonz zwingend vorgeschriebenen Publikationswege nachgekommen sei.

Verstoß gegen die Verpflichtung zur Vergabe im Rahmen eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (mit mehreren Unternehmen)

Grundsätzlich habe ein Auftraggeber ein Konzessionsvergabeverfahren bekannt zu machen (§ 22 Abs 2 BVergGKonz). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei nur in den engen Grenzen des § 22 Abs 3 BVergGKonz zulässig. Eine solche Ausnahme liege nicht vor.

Im Oberschwellenbereich sei ein Auftraggeber verpflichtet, eine Konzession in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern zu vergeben (§ 22 Abs 4 BVergGKonz).

Die Antragsgegnerin habe das gegenständliche Vergabeverfahren nicht bekannt gemacht und kein Vergabeverfahren mit mehreren Unternehmen durchgeführt, sondern im Zuge der Besprechung vom 1.10.2019 freimütig bekannt gegeben, dass sie ohne Ausschreibung und ohne Bekanntmachung sowie unter Beteiligung lediglich eines einzigen Unternehmers beabsichtige, eine Direktvergabe vorzunehmen.

Verstoß gegen die Verpflichtung zur Begründung der Entscheidung über die Nichtzulassung (§ 24 BVergGKonz)

Grundsätzlich müsse ein Auftraggeber geeigneten Bewerbern durch eine gesetzeskonforme Bekanntmachung - bereits diese fehle hier grob rechtswidrig infolge der unvertretbaren Rechtsansicht der Antragsgegnerin, dass das BVergGKonz hier nicht zur Anwendung gelange - die Gelegenheit zur Beteiligung am Konzessionsvergabeverfahren geben (§ 24 Abs 2 BVergGKonz). Der Auftraggeber müsse die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber unverzüglich verständigen und ihnen die Gründe für die Nicht-Zulassung bekannt geben (§ 24 Abs 6 BVergGKonz).

In Missachtung aller grundlegender Vorschriften, insbesondere auch der Gebote der Transparenz und Nicht-Diskriminierung, habe die Antragsgegnerin dem Antragsteller lediglich formlos mündlich mitgeteilt, dass sein Teilnahmeantrag kategorisch nicht zugelassen würde. Sie habe damit grob gegen die vorgenannten vergaberechtlichen Bestimmungen verstoßen.

Konzessionsverträge dürften nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Die Laufzeit einer Konzession sei vom Auftraggeber in Abhängigkeit der von der Konzession umfassten Dienstleistung festzulegen (§ 13 Abs. 1 BVergGKonz). Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von mehr als 5 Jahren dürfe die Laufzeit der Konzession jenen Zeitraum nicht überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionär nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb bzw. die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital wieder erwirtschaften könne. Bei dieser Berechnung sind die zur Verwirklichung der konkreten Vertragsziele notwendigen Investitionen zu berücksichtigen (§ 13 Abs. 2 BVergGKonz). Der gegenständliche Konzessionsvertrag solle nach Auskunft des Geschäftsführers der Antragsgegnerin auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden.

Die Antragsgegnerin könne sich zur Rechtfertigung allerdings nicht auf § 34 Abs. 2 TabMG 1996 stützen, weil § 13 BVergGKonz dieser Bestimmung derogiert. Seit Inkrafttreten des BVergGKonz sei somit die Vergabe von Tabaktrafiken nur mehr nach den hier dargestellten Grundsätzen für Konzessionsverträge im Anwendungsbereich des BVergGKonz zulässig.

Die Antragsgegnerin, die bereits seit vielen Jahren im Bereich der Monopolverwaltung tätig und damit gesetzlich beauftragt sei, sei verpflichtet, die einschlägigen Rechtsvorschriften gewissenhaft zu beachten. Die Ausschreibung und Vergabe einer unbefristeten Konzession zum Betrieb einer Tabaktrafik sei jedenfalls ein schwerwiegender und gravierender Verstoß gegen das BVergGKonz.

Im vorliegenden Fall sei bereits bei einer groben und oberflächlichen Einschätzung erkennbar, dass die Voraussetzungen für eine unbefristete Konzessionserteilung nicht gegeben seien.

Der Auftraggeber habe den Bietern in einem Konzessionsvergabeverfahren mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Er habe in dieser Mitteilung das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des Angebots sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben (§ 72 Abs 1 BVergGKonz). Eine solche Verpflichtung bestehe nur dann nicht, wenn der Zuschlag dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden solle (§ 72 Abs 2 Z 1 BVergGKonz) oder eine Bekanntmachung unterbleiben hätte könnten (§ 72 Abs 2 Z 2 BVergGKonz).

Die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines namentlich nicht genannten, jedoch bereits feststehenden präsumtiven Zuschlagsempfänger sei nach all den geschilderten schwerwiegenden Vergabeverstößen inhaltlich und formell grob rechtswidrig.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Antragsteller aus:

"1. Zur Vermeidung von Weitwendigkeiten erhebt der Antragsteller sein Vorbringen im Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen im gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Insbesondere liegt diesem Antrag dasselbe Vergabeverfahren und derselbe Sachverhalt wie oben unter II. geschildert zugrunde.

2. Der Antragsteller hat ein rechtlich geschütztes Interesse am Zuschlag der verfahrensgegenständlichen Konzession. Er ist entsprechend befugt und befähigt, diesen Auftrag auszuführen.

Das vorangegangene Konzessionsvergabeverfahren leidet an offenkundigen und schwerwiegenden (Wurzel-)Mängeln und ist rechtswidrig. Durch die rechtswidrige Unterlassung der Bekanntmachung auf Unionsebene und in Österreich wird der Wettbewerb um die Konzession unzulässig und vergaberechtswidrig eingeschränkt. Die Mitteilungen im Zuge der Besprechung vom 01.10.2019,

- ihn kategorisch nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, und
- einem namentlich nicht genannten, aber bereits feststehenden Interessenten den Zuschlag mit Wirkung ab 01.11.2019 erteilen zu wollen,

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at